

## O penhor sem entrega no direito luso-brasileiro (1)

**Inocêncio Galvão Teles**

(Professor na Faculdade de Direito  
da Universidade de Lisboa)

1. Razão dêste estudo. — 2. Objeto dêste estudo. — 3. Importância do assunto. — 4. O problema no Direito Romano. — 5. O problema nas Ordenações. — 6. Introdução do registo em Portugal: sua repercussão no regime hipotecário e no regime pignoratício. — 7. Introdução do registo no Brasil: sua repercussão no regime hipotecário e no regime pignoratício. — 8. Inconvenientes do sistema exposto. — 9. Hipotecas mobiliárias. — 10. Penhor sem entrega. — 11. Natureza e efeitos do penhor sem entrega. — 12. Transmissão da posse no penhor sem entrega. — 13. Caráter excepcional do penhor sem entrega. — 14. Warrant.

### Razão dêste estudo

Cabendo-me tratar, no presente “Colloquium”, algum aspecto de Direito Comparado luso-brasileiro, decidi-me, não sem hesitação, pelo problema do *penhor sem entrega*.

E hesitei porque tive dúvida em escolher um tema relativamente restrito, como êsse é, ou um tema de maior generalidade, em que fôssem postos em confronto os espíritos e as tendências dos dois Direitos, o brasileiro e o portu-

---

(1) Comunicação ao II.º Colloquium Internacional de Estudos Luso-Brasileiros, realizado em setembro de 1954, em comemoração do IV.º centenário da Cidade de São Paulo.

guês, no seu conjunto ou numa zona mais ampla das suas instituições.

Mas, sinceramente, considereii temerário enveredar pelo segundo caminho, num momento, como êste, em que, de meu conhecimento, nada ou quase nada existe feito em matéria de Direito Comparado luso-brasileiro.

Os nossos dois Direitos tiveram um longo e glorioso passado idêntico. Separadas as duas Pátrias (separadas politicamente, mas sempre unidas pelo coração), os seus Direitos seguiram naturalmente, cada um, o próprio destino, como ramos dum só tronco que se diferenciaram mas não perderam a sua comum origem e não deixaram de se alimentar, como se alimentam, na mesma seiva histórica. O velho Direito luso-brasileiro, encerrado nas plurisseculares Ordenações do Reino, logrou mesmo, coisa curiosa, longevidade maior em terras do Brasil que em terras de Portugal. Quando em Portugal já fôra integralmente abolido, por uma legislação que culminou no Código do grande VISCONDE DE SEABRA, de 1867, ainda no Brasil, modificado embora por múltipla legislação avulsa, continuava, e continuou até 1916, a reger a vasta e importante matéria das relações civis, recolhido na *Consolidação* do não menos egrégio TEIXEIRA DE FREITAS, de imorredoiria glória.

Que largas perspectivas os jurisconsultos de raça lusíada, portugueses e brasileiros, têm diante de si, como matéria de estudo para melhor conhecimento recíproco dos dois Direitos, nas suas idênticas raízes, no paralelismo dos seus destinos presentes e futuros, e nas divergências, umas justificadas, outras injustificadas, que tendem porventura a tornar mais incisiva, aqui ou além, a separação!

Que sedutora tarefa, essa, de tomar o corpo antigo do Direito lusitano, assistir à sua bifurcação aos ramos que florescem nas duas margens do Atlântico e confrontar, nas semelhanças e nas diferenças, a evolução específica de cada um dêles!

Já TEIXEIRA DE FREITAS, há pouco citado, e referindo-se precisamente ao projeto do Código Civil português, salien-

tava “o particular interêsse de comparar entre si trabalhos legislativos de dois Povos irmãos, que falam a mesma língua, que vivem sob os mesmos costumes” E acrescentava: “êstes nós de origem comum nunca se desatam, antes nutrem o mais justo sentimento de predileção” (2).

Mas, em terreno tão dilatado e tão rico, tudo ou quase tudo está por fazer.

E assim convém começar, modestamente, por têmeas relativamente reduzidos e concretos, onde seja possível chegar, desde já, a conclusões seguras.

Só em segunda fase, e obtida uma base experimental suficientemente sólida, que por ora falta, será possível avançar para sínteses mais arrojadas.

Eis a razão do presente estudo, que não pretende constituir senão ligeira achega para as tão necessárias mas tão atrasadas investigações do Direito Comparado luso-brasileiro.

### Objeto dêste estudo

Há algum tempo a esta parte, tanto no Brasil e em Portugal como noutros países, a instituição jurídica do penhor tem sofrido evolução profunda. Sob a pressão de novas circunstâncias econômicas, e em ordem a adaptar-se a elas, o penhor vai passando por transformações que o distanciam do clássico modelo a que estava afeito o espírito dos jurisconsultos. Essa evolução porventura ainda não findou e há interêsse em surpreendê-la na fase atual do seu curso.

Por imperiosa necessidade de me limitar, cingir-me-ei ao problema do *penhor sem entrega*, que constitui a questão central.

O problema apresenta-se assim:

---

(2) *Nova apostila à censura do Senhor ALBERTO DE MORAIS CARVALHO sobre o projeto do Código Civil Português* (1859), pág. 6.

Alguém, o devedor ou terceira pessoa, oferece em segurança da dívida uma coisa móvel; mas deseja conservá-la em seu poder, porque não quer privar-se do uso dela ou, até, porque a sua deslocação se torna difícil.

O credor está disposto a aceitar a garantia nessas condições.

Será legalmente possível constituí-la?

E, em caso afirmativo, que natureza tem?

É um *penhor* ou uma *hipoteca*?

Eis o tema que sinteticamente que proponho versar, à luz tanto do Direito português como do Direito brasileiro, nos seus comuns antecedentes históricos, na sua evolução diferenciada depois que passaram a ter existências distintas, nas suas formas modernas, que acusam afinidades e divergências, e nas perspectivas das suas transformações futuras.

Do confronto das duas legislações, nesta matéria, poderão resultar úteis conhecimentos recíprocos. Se assim suceder, não terá sido vão o esforço despendido.

### Importância do assunto

Quanto à importância do assunto, parece desnecessário encarecê-la.

É sabida a altíssima influência que tem na vida econômica nacional e internacional, e portanto no bem-estar dos povos, o fomento do crédito, cuja intensificação e expansão permite empreendimentos doutro modo impossíveis, ativando a produção e acrescentando as riquezas.

E esse fomento do crédito depende, em larga medida, de um sistema idôneo de garantias, que compete aos juristas criar ou ajudar a criar, com as suas meditações e os seus estudos.

Dobrada, à esta luz, é a importância do problema do penhor sem entrega. Porque quer o proprietário dos bens

móveis, oferecidos em segurança de um empréstimo ou doutra dívida, retê-los em sua mão? Na maioria dos casos, para continuar a utilizá-los como meios de produção econômica. Ora, se a garantia se puder constituir em tais condições, com as imprescindíveis cautelas decretadas pelo legislador, a economia lucrará duplamente, porque o produtor obtém o crédito de que precisa para o lançamento ou expansão da sua atividade criadora de riqueza e, ao mesmo tempo, não fica privado de instrumentos necessários ou úteis a essa actividade.

### O problema no Direito Romano

Ultrapassadas as formas indecisas do começo, e quando já atingira feição bem vincada, o penhor (“*pignus*”) apresentava-se no Direito Romano como direito real sôbre coisa alheia, móvel ou imóvel, constituído em garantia de uma dívida e que facultava ao titular a venda da coisa para satisfação do seu crédito.

A garantia pignoratícia tinha um âmbito geral, pois podia recair em bens de tôda a espécie, tanto *mobiliários* como *imobiliários*.

Mas por outro lado e em contrapartida a sua applicabilidade era de fato restringida pela exigência de *entrega*, ao credor, do objeto empenhado.

Essa entrega devia fazer-se necessariamente; constituía, mesmo, um elemento integrante do contrato de penhor, indispensável à sua validade e portanto à sua eficácia entre as partes e não apenas em relação a terceiros. O penhor era um contrato real, na terminologia romana: formava-se *ré*, pela entrega do seu objeto.

Êste passava para o poder material do credor: ficava sob a sua detenção.

Mas além da *detenção*, como poder físico, o credor adquiria a *posse*, como poder jurídico. Era-lhe facultado, assim, o uso dos chamados meios possessórios, em defesa

da sua posição relativamente à coisa, contra usurpação ou turbações arbitrárias, qualquer que fôsse a sua proveniência. Por exemplo, se alguém, fôsse embora o próprio dono, lhe subtraísse o objeto empenhado, êle podia exigir a sua restituição como legítimo possuidor.

Com o decorrer do tempo e sob a pressão das necessidades econômicas, desprendeuse desta instituição jurídica outra que se autonomizou, conquanto ficassem existindo entre as duas laços muito estreitos.

Refiro-me à *hypotheca*, que passou a contrapor-se ao *pignus*, se bem que nos textos de Justiniano, e em razão das suas afinidades, as duas formas ainda apareçam por vêzes confundidas.

Mas como se deu esta evolução?

A resposta encontra-se na conveniência dos senhorios, nos arrendamentos de prédios rústicos, de obterem garantia especial sôbre as alfaías agrícolas dos rendeiros, em segurança do pagamento das rendas.

Os senhorios desejavam e exigiam a prestação dessa garantia, que em muitos casos seria a única possível, à falta de outros bens.

Se se recorresse ao penhor, se o rendeiro empenhasse as alfaías, entregando-as ao senhorio, como haveria de cultivar as terras? De que lhe serviria o arrendamento, ficando êle privado dos instrumentos materiais necessários à respectiva exploração econômica?

A solução adoptada consistiu em admitir a constituição da garantia *sem entrega* dos aprestos agrícolas, que continuavam em mão do seu proprietário, não adquirindo o senhorio posse sôbre êles, nem de fato nem de direito.

Verdadeiramente, e a partir dêste momento, estava criada uma garantia nova, a que se chamou *hypotheca*.

O nome é grego, mas a instituição não é de importação helênica: resultou de evolução espontânea e interna.

Ficaram assim coexistindo o *penhor* e a *hipoteca*, o primeiro garantia *com posse*, a segunda garantia *sem posse*.

As duas instituições não se distinguiram em atenção ao seu objeto, mas exclusivamente pelo fato de se conferir ou não ao credor a posse respectiva: a mesma coisa, fôsse mobiliária ou imobiliária, podia ser empenhada ou hipotecada conforme as conveniências e a vontade dos interessados (3).

### O problema nas Ordenações

No Direito luso-brasileiro anterior ao século XIX pouco se legislou sobre penhor e hipoteca.

Por isso a matéria regia-se quase exclusivamente pelo Direito Romano: sabido é que o nosso sistema jurídico mandava aplicar, como subsidiário, êsse Direito, em preenchimento das aliás numerosas lacunas de nossas leis e costumes.

A mais antiga lei que se conhece, neste capítulo, é de D. Afonso III, de 1274 ou 1275, depois incorporada sucessivamente nas Ordenações Afonsinas (Liv. IV, Tit. 49), nas Manuelinas (Liv. IV, Tit. 3) e nas Filipinas (Liv. IV, Tit. 3).

Essa lei, em caso de alienação da coisa hipotecada, dava ao credor a faculdade, que o Direito Romano não lhe reconhecia, de exigir diretamente do terceiro o *cumprimento da obrigação*.

A inovação fez evoluir o instituto hipotecário, aproximando-o da configuração moderna e desvinculando-o ainda mais das raízes históricas que o ligavam ao instituto pignoratício (4).

---

(3) Veja-se por ex. GIRARD, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, 5.<sup>a</sup> ed., págs. 767 e segs.; HUVELIN, *Cours Élémentaire de Droit Romain*, tomo II, págs. 359 e segs.; JÖRS-KUNKEL, *Derecho Privado Romano* (trad. de PRIETO CASTRO), págs. 222 e segs.; e bibliografia citada nessas obras.

(4) A lei afonsina, que assim contribuiu para a transformação da garantia hipotecária, foi promulgada a solicitação da comunidade dos judeus.

Êstes queixavam-se de que, estipulando-se nos seus empréstimos aos moradores de Santarém a proibição de os devedores alie-

Subsequentemente, outras providências foram sendo publicadas, em relação mais ou menos direta com a matéria: lembrem-se as leis de D. Diniz, D. João I e D. Duarte, sobre preferências dos credores, e a lei do Marquês de Pombal de 20 de Junho de 1774, sobre gradação de hipotecas.

Mas, ressalvadas as modificações introduzidas por êsse conjunto de disposições legais, o penhor e a hipoteca conservavam-se o que eram no Direito Romano: pois, como já se notou, continuavam-lhe submetidos em todos os aspectos omissos no Direito Pátrio, e êstes representavam, de longe, o maior número (5).

Portanto, neste domínio, a tradição romanista, respeitada quase integralmente pelas Ordenações e pela legislação avulsa, veio até o moderno movimento legislativo iniciado em Portugal e no Brasil no século XIX: foi o substrato histórico, profundamente enraizado, de que partiram nas duas Pátrias as evoluções posteriores, de que vamos dar agora breve conta.

---

narem os bens onerados em garantia das dívidas, os devedores contudo faltavam ao clausulado e distraíam os bens por meio de venda ou de outros modos.

Atendendo o pedido, o Monarca decretou que, em tais casos, o adquirente ficasse adstrito à obrigação ou entregasse os bens aos credores.

A disposição tornou-se Direito Geral ao passar para as Ordenações.

Veja-se GAMA BARROS, *História da Administração Pública em Portugal*, 2.<sup>a</sup> ed., tomo VII, págs. 16-17.

(5) Mesmo algumas das escassas disposições do Direito Pátrio limitavam-se a reproduzir a lição do Direito Romano, como o princípio do Título 61 do Livro IV das Ordenações Filipinas, ao atribuir grande latitude ao objeto da garantia pignoratícia, através da fórmula: “se algum devedor *empenhar* a seu credor alguma coisa *móvel*, ou *de raiz* (...)”.



### **Introdução do registo em Portugal: sua repercussão no regime hipotecário e no regime pignoratício**

Em 1836 deu-se na história portuguesa da instituição hipotecária um fato capital, que alterou profundamente a sua fisionomia.

Refiro-me à publicação do Decreto de 26 de Outubro dêsse ano, mandado executar, com algumas alterações, pelo Decreto de 3 de Janeiro de 1837.

O primeiro de tais diplomas, na frase de COELHO DA ROCHA, “estabeleceu entre nós a solenidade do registo das hipotecas, admitida e incorporada nos Códigos modernos, e executada com feliz resultado em quase todas as nações” (6).

O sistema de registo então introduzido era extremamente confuso: estava concebido e formulado em termos pouco claros e incoerentes. Mais felizes, de técnica muito mais segura, foram os textos publicados subsequentemente sôbre a matéria, a começar na lei hipotecária de 1 de Julho de 1863.

Mas, seja como for, importa acentuar que, pelo menos na interpretação de COELHO DA ROCHA o registo se tornou exigível em Portugal a partir de 1836 em relação a *tôdas* as hipotecas, para produzirem efeitos quanto a terceiros.

Se abstrairmos dos navios, de que adiante se falará, o registo era então limitado aos *imóveis*: daí passar a considerar-se também as hipotecas restritas a êstes.

Assim as hipotecas, anteriormente aplicáveis a todos os bens, como o penhor, ficaram privativas dos *imobiliários*.

Em contrapartida, e pela desnecessidade e inconveniente da coexistência de duas garantias para bens da mesma

---

(6) *Instituições de Direito Civil Português*, tomo II, nota DD § 363 (pág. 726 da 6.<sup>a</sup> ed.). Cfr. CORREIA TELES, *Doutrina das Acções*, § 168 e segs. (págs. 68 e segs. da 3.<sup>a</sup> ed., de 1837).

espécie, entendeu-se que o penhor apenas tinha aplicação aos *mobiliários*.

Manteve-se a antiga característica diferencial: a atribuição ou a recusa de *posse* ao credor, consoante se tratava de penhor ou de hipoteca.

Mas a distinção tornou-se ainda mais nítida, pela diversidade de *objetos*, mobiliários na primeira dessas garantias, imobiliários na segunda.

Na síntese do mencionado COELHO DA ROCHA: o penhor recai sobre bens móveis, que se entregam ao credor, a hipoteca sobre bens de raiz, que se não entregam (7).

Publicado o Código Civil português, em 1867, ele deu expressão legislativa clara ao sistema de idéias que esse jurisconsulto extraíra da confusa legislação anterior, sobre o âmbito e relações da garantia pignoratícia e da garantia hipotecária.

O Código nesta matéria não inovou, limitando-se a recolher os resultados das transformações produzidas nos decênios que o antecederam.

Assim se vê, designadamente, do disposto nos seus arts. 855, 858, 860, n.º. 4, e 888.

### **Introdução do registo no Brasil: sua repercussão no regime hipotecário e no regime pignoratício**

No Brasil produziu-se evolução até certo ponto semelhante à descrita anteriormente com relação a Portugal.

Foi em 1834, portanto pouco depois de Portugal, que o Brasil ensaiou a reforma baseada no sistema da publicidade ou do registo, através da Lei n.º. 317, de 21 de Outubro desse ano, completada pelo Decreto n.º. 482, de 14 de Novembro de 1846.

---

(7) Ob. e tomo cit., § 625 (pág. 489 da 6.ª ed.).

Lei e Decreto não conseguiram o fim desejado, segundo informa por exemplo PACHECO PRATES (8).

Na sua notabilíssima *Consolidação das Leis Civis*, destinadas a compilar o Direito Civil brasileiro vigente e a que foi conferida força de lei em 22 de Dezembro de 1858, ainda TEIXEIRA DE FREITAS refletia a doutrina das Ordenações sobre penhor e hipoteca.

Assim, no art. 767 declarava poderem ser dadas em penhor coisas *móveis* e *imóveis*; e na hipoteca, regulada nos arts. 1.268 e seguintes, compreendia igualmente bens de ambas as espécies.

Mas em nota ao primeiro dos citados artigos, e com respeito ao penhor, o eminente jurisconsulto reconhecia que a doutrina e a prática eram diferentes, esclarecendo que restringiam o penhor propriamente dito aos bens *móveis*.

Ressalvada, também aqui, a matéria de navios, a evolução produziu-se, de fato, no sentido da diverficação das duas garantias em função da natureza mobiliária ou imobiliária do seu objeto.

Assim o sistema hipotecário estabelecido pela Lei nº. 1.237, de 24 de Setembro de 1864, alterando profundamente a anterior legislação sobre hipotecas, restringiu estas, de modo expresso, aos *imóveis*.

A citada Lei inovou tanto e sob tantos aspectos que TEIXEIRA DE FREITAS escreveu em nota ao Título sobre a hipoteca na 3ª. edição da sua citada obra: “Se der à luz uma 4ª. Ed., requererei faculdade ao Governo Imperial para desprezar inteiramente o texto velho, e consolidar novamente a legislação hipotecária no estado em que se achar”.

Foi a situação resultante destas transformações que fundamentalmente recolheu e definiu o Código Civil brasileiro, de 1916.

Assim o mostram, nomeadamente, os seus arts. 768, 769 e 810.

---

(8) *Estudos de Direito Civil*, 2.ª ed. (1926), pág. 196.

### Inconvenientes do sistema exposto

O sistema exposto, que o século passado definiu ou mostrou tendência para definir, tanto em Portugal como no Brasil, não era isento de defeitos e de desvantagens.

Estabelecia-se ou tendia a estabelecer-se, ao arrepio da tradição milenária, separação radical entre o penhor e a hipoteca.

O primeiro era direito mobiliário e constituía-se mediante a entrega do objeto; a segunda era direito imobiliário e constituía-se independentemente de tal entrega.

Esta absoluta e incisiva distinção fez ressurgir o velho problema que há dois mil anos já os jurisconsultos de Roma tinham encarado e satisfatoriamente resolvido.

A História repetiu-se a uma distância de vinte séculos: o que nos adverte do perigo de inovações legislativas contrárias a uma tradição muito enraizada, pois bem pode acontecer que no novo arranjo de coisas escape à visão abstrata do legislador algum aspecto essencial postulado por exigências concretas da vida e a que dava satisfação o Direito anterior, caldeado na experiência secular.

Instituiu-se o registo público; associou-se-lhe a instituição hipotecária.

As coisas móveis deixaram de poder ser hipotecadas; só podiam ser empenhadas.

Mas o penhor exigia a *entrega* do objeto.

Como dar, pois, em garantia as coisas móveis de que o proprietário não pudesse despojar-se sem gravíssima perturbação?

Em segurança de uma dívida pretende-se oferecer um automóvel ou uma aeronave. Não é preciso evidenciar os inconvenientes que resultariam da necessidade da sua entrega ao credor.

A garantia versa sôbre os instrumentos da produção, como os utensílios agrícolas do lavrador, o recheio de uma

fábrica ou de um hotel, etc. . Entregá-los ao credor seria impedir a produção; a garantia, em vez de vantagem, traria desvantagem ao devedor, inibido de exercer a sua atividade lucrativa, e porventura ao próprio credor, a quem aquêle, não podendo ganhar dinheiro, mais difficilmente pagaria.

Ou então figure-se o caso em que os bens, pela sua quantidade ou pela sua natureza, são de transporte e armazenamento difíceis, hipótese em que também o credor não tem interêsse em recebê-los.

Situações como estas, e outras semelhantes, suscitam aquella mesma questão que os Romanos resolveram criando a hipoteca, como garantia geral, independente da natureza do objeto e desvinculada da necessidade de entrega. Todavía hoje a hipoteca está associada à técnica do registo das coisas, creio que definitivamente.

Por isso, pelo menos em parte, a evolução legislativa tinha de seguir outro rumo: e seguiu-o.

Tal evolução orientou-se, de fato, nos dois seguintes sentidos:

- a) criação de *hipotecas mobiliárias*, applicáveis a bens móveis a que a instituição do registo se alargou (9);
- b) admissão de casos de *penhor sem entrega*.

É destes dois fenômenos, principalmente do segundo, que passo a falar.

### **Hipotecas mobiliárias**

Como se viu, a hipoteca mobiliária, admitida desde o Direito Romano, só veio a ser abolida em Portugal e no

---

(9) É de notar que no Brasil o penhor, como a hipoteca, também está sujeito a registo: mas trata-se de transcrição no *Registro de Títulos e Documentos* (Cód. Civ., art. 711; Dec. n.º 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 134, a, II; alterado pelo Decreto n.º 5.318, de 29 de fevereiro de 1940, art. 1), e não, como na hipoteca, de publicidade assente no cadastro dos próprios bens.

Brasil no decurso do século passado. Abolição que foi consequência da sujeição da hipoteca ao regime de publicidade através do registo, reservado de começo aos imóveis.

Isto porém deve entender-se, em ambos os Países, com ressalva dos *navios*.

Estes continuaram de fato sujeitos à hipoteca, por existir em relação a eles um registo (10).

Mas, com o decorrer do tempo, o sistema do registo tornou-se extensivo a outras coisas móveis, também instrumentos de transporte com um estatuto de propriedade semelhante ao dos bens imobiliários: *automóveis* (11) e *aeronaves* (12).

Quanto a todos os aludidos objetos — navios, automóveis e aeronaves — não existe a razão que levara a excluir a hipoteca mobiliária.

Por isso, esta aplica-se-lhes e é mesmo a única garantia susceptível de se constituir convencionalmente sobre eles.

---

(10) Portugal: Cód. Com. de 1833, art. 1.316; Dec. de 26 outubro de 1836; Lei de 1 de julho de 1863, art. 200; Cód. Com. de 1888, art. 584.

Brasil Cód. Com., de 1850, arts. 460, 468, 470 e 472; Lei n.º 1.237, de 24 de setembro de 1864, art. 2.º (cfr. TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação*, 3.ª ed., nota 4 ao Título da hipoteca); Cód. Civ., arts. 810, VII, e 825; e vária legislação complementar.

(11) Portugal: Decreto n.º 21.087, de 14 de abril de 1932, art. 10 (nas Províncias Ultramarinas Decreto n.º 39.231, de 2 de junho de 1953, art. 9).

(12) Portugal: Decreto n.º 20.062, de 25 de outubro de 1930 (publicado no Diário do Governo de 30 de julho de 1931), arts. 205 e 206.

Brasil: Código do Ar (Decreto-Lei n.º 483, de 8 de junho de 1938), art. 137.

Mercê de tal progresso, que até certo ponto é volta ao passado, o instituto hipotecário alargou-se e o pignoratício restringiu-se.

### Penhor sem entrega

A par da evolução descrita no número antecedente produziu-se outra, que consistiu em a lei autorizar a formação válida do penhor, *sem entrega* do seu objeto ao credor.

Esta nova modalidade pignoratícia tem sido consagrada sucessivamente em relação a vários casos em que as circunstâncias e a premência do crédito a tornaram particularmente necessária.

A evolução neste sentido começou mais cedo no Brasil do que em Portugal.

Efetivamente, já a lei hipotecária brasileira de 1864 consentia que os donos de propriedades agrícolas empenhassem os escravos, a elas pertencentes, conservando-os em seu poder (art. 6, § 6).

O Código Civil brasileiro admitiu nas mesmas condições, e em termos gerais, o *penhor agrícola* e o *penhor pecuário* (arts. 769 e 781 e seguintes). Matéria esta hoje regulada pela Lei n.º 492, de 30 de agosto de 1937, interessante diploma em que se converteu o substitutivo de projeto redigido por WALDEMAR FERREIRA (13).

Regime semelhante vigora também, no Brasil, para o penhor relativo a *máquinas e aparelhos utilizados na indústria* (14), indústria da *suinocultura* (15), indústria do

---

(13) Esse substitutivo e o respectivo parecer acham-se publicados sob o título *O Penhor Rural e a Cédula Rural Pignoratícia* na *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, vol. XXXIII (1937), págs. 543 e seguintes.

(14) Decreto-Lei n.º 1.271, de 16 de maio de 1939.

(15) Decreto-Lei n.º 1.697, de 23 de outubro de 1939.

*pescado* (16), indústria do *sal* (17), indústria da *carne* (18), *estabelecimentos de ensino* (19) (20).

Quanto a Portugal, o penhor sem entrega é autorizado nas operações de *crédito agrícola* feitas pelas *Caixas de Crédito Agrícola Mútuo* (21) ou pela *Caixa Geral de Depósitos* (22); nas operações de *crédito agrícola ou industrial a curto prazo* feitas pela *Caixa Nacional de Crédito* (23); e finalmente nas operações de *crédito, em geral*, feitas por *estabelecimentos bancários autorizados* (24) (25).

Em tôdas as indicadas hipóteses a lei consente que o objeto empenhado fique em poder do seu dono.

No que respeita à legislação brasileira destaque-se o penhor *rural*, cuja importância é escusado encarecer, num país de tão grande riqueza agrícola como o Brasil.

E quanto à legislação portuguêsã merece referência particular o penhor *bancário*, também de larga projeção, pela função que os bancos desempenham na economia e na difusão do crédito e porque, para a sua adoção, é indiferente a qualidade do devedor — comerciante, industrial, agricultor ou mero particular — bem como a espécie da dívida.

---

(16) Decreto-Lei n.º 2.566, de 6 de setembro de 1940.

(17) Decreto-Lei n.º 3.169, de 2 de abril de 1941.

(18) Decreto-Lei n.º 4.312, de 20 de maio de 1942.

(19) Decreto-lei n.º 7.780, de 26 de junho de 1945.

(20) Cfr. WALDEMAR FERREIRA, *Instituições de Direito Comercial*, 3.ª ed., vol. III (1953), págs. 427 e segs.; BARROS MONTEIRO, *Curso de Direito Civil — Direito das Coisas* (1953), pág. 317.

(21) Lei n.º 215, de 30 de junho de 1914, art. 28, § 3, e Decreto n.º 5.219, de 6 de janeiro de 1919, art. 301, § único.

(22) Decreto n.º 8.162, de 29 de maio de 1922, arts. 211 e 216.

(23) Decreto n.º 17.215, de 10 de agosto de 1929, arts. 7, 8 e 16.

(24) Decreto-Lei n.º 29.833, de 17 de agosto de 1939, tornado extensivo ao Ultramar pela Portaria n.º 9.811, de 7 de junho de 1944.

(25) Como o mais antigo diploma nesta matéria, respeitante a operações de crédito agrícola no Ultramar, cite-se a Lei de 27 de abril de 1901, art. 69.



### Natureza e efeitos do penhor sem entrega

As situações anteriormente expostas suscitam problemas de enquadramento jurídico que têm de ser considerados.

Trata-se verdadeiramente de casos de *penhor* ou de casos de *hipoteca*?

No Direito Romano foram precisamente hipóteses como estas que fizeram nascer a instituição hipotecária diferenciando-se da pignoratícia.

Não estaremos perante fenómeno idêntico, traduzido na criação de novas hipotecas mobiliárias, a acrescentar às referidas um pouco atrás?

A caracterização das hipóteses em estudo como hipotecas mobiliárias tem tido defensores.

Sustenta-a por exemplo GUILHERME MOREIRA (26) em Portugal.

Também no Brasil CLÓVIS BEVILÁQUA (27) se mostra simpatizante dessa tese, ao escrever, a respeito do penhor agrícola e do pecuário, que “participam mais da natureza da hipoteca do que da natureza do penhor comum, porque a coisa empenhada não se desloca do poder do devedor”. Emite contudo este voto “de iure constituendo”, pois reconhece que outra é a doutrina legal. Partidário da mesma corrente, ANDRADE BEZERRA (28).

Semelhante opinião não merece acolhimento, a seu ver.

Na hipoteca o credor não tem posse.

---

(26) *Instituições de Direito Civil*, vol. II (2.<sup>a</sup> ed., 1925), pág. 325.

(27) *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, vol. III (7.<sup>a</sup> ed., 1945), pág. 365.

(28) *Do Constituto Possessório e das Cláusulas de Depósito no Penhor Mercantil* na *Revista de Direito*, vol. 16 (1910), págs. 323 e seguintes.

Assim é hoje e assim foi em todos os tempos. No antigo Direito o credor hipotecário podia pedir, em dadas condições, que a posse lhe fôsse atribuída; mas, até lá, ela faltava-lhe. Presentemente, nem esse direito lhe é reconhecido.

Pelo contrário o credor pignoratício tem, e sempre teve, a posse correspondente ao seu direito real de garantia.

Ora, nos casos que constituem objeto do presente estudo, *o credor adquire posse sôbre o objecto, apesar de este não lhe ser entregue.*

Isso convence de que se trata efetivamente de *penhor*.

A posse através da sua evolução foi-se espiritualizando como poder jurídico, suscetível de pertencer a pessoa diferente da que está em efetivo contato físico com a coisa.

Ela nem sempre é acompanhada da *detenção*, ou poder material.

Quando um é o *possuidor* e outro o *detentor*, o primeiro tem apenas um poder ideal, que exerce por intermédio do segundo, mas que goza da proteção possessória, como se não houvera semelhante cisão.

O detentor possui *em nome doutrem*, a quem cabe a posse propriamente dita ou *em nome próprio*.

No penhor sem entrega, é esta situação que se dá.

*O credor obtém a posse pignoratícia, a respeito da qual o proprietário fica sendo mero detentor. O poder jurídico possessório está no primeiro, mas o correspondente poder material está no segundo. O dono do objeto empenhado, apesar de dono, possui-o em nome ou representação do credor, em tudo quanto respeita ao direito real pignoratício.*

Investido na *posse*, se bem que desprovido de *detenção*, o credor tem ao seu alcance os meios específicos de proteção possessória, de que não beneficia o credor hipotecário, como por exemplo as *ações ou interditos de manutenção e restituição ou reintegração* (Cód. Proc. Civ. brasileiro, arts. 371 e segs.; cod. de proc. civ. português, arts. 1.032 e segs.). Se por exemplo um terceiro se apoderar do objeto

do penhor, o credor poderá reagir, pedindo a restituição ou reintegração da posse esbulhada.

Além disso, o proprietário que desencaminhe ou dissipe esse objeto comete o *crime de abuso de confiança* ou *estelionato* porque ofende a *posse do credor* (Cód. Pen. brasileiro, art. 171; Cód. Pen. português, art. 453). Como simples detentor que é no tocante ao direito pignoratício, obrigado pois a conservar e eventualmente entregar a coisa empenhada, o proprietário não pode dispor livremente dela, e se o fizer incorre em responsabilidade criminal.

A garantia *civil* é enfraquecida, visto que o credor não tem uma posição tão sólida como se o objeto se encontrasse na sua mão.

Mas essa fraqueza é, até certo ponto, atenuada pela garantia *penal*, que paira sobre o proprietário como uma ameaça.

### Transmissão da posse no penhor sem entrega

Pergunta-se agora: como é que o credor obtém posse sobre o objeto empenhado se este não lhe é entregue?

As formas de transmissão da posse têm-se igualmente espiritualizado, e nem sempre é forçoso, para produzir essa transmissão, o ato físico da entrega.

Outros modos imateriais conduzem ao mesmo resultado: a par da tradição *real* existe a tradição *civil*, que também é causa legítima de aquisição possessória.

O dono de certa coisa empenha-a, mas conserva-a em seu poder. Não há translação material do objeto, mas há translação jurídica da posse.

Resulta ela de uma atitude psíquica dos sujeitos. O proprietário, que até aí possuía em nome próprio, passa a possuir em representação do credor, e possuidor em nome próprio torna-se este último. Dá-se uma mudança na

intenção, no “animus” com que o proprietário detém o objecto: o “animus sibi habendi” cede o lugar ao “animus alieno nomine detinendi”.

Esta transformação psicológica corporiza-se em dois atos jurídicos em sentidos opostos: o *contrato de penhor* e o *contrato de depósito*.

Pelo primeiro o proprietário constitui em benefício do credor o direito real pignoratício; pelo segundo o credor dá a coisa em depósito ao proprietário.

As duas entregas, que normalmente corresponderiam a êsses contratos, tornam-se desnecessárias, mas a posse transmite-se como se elas se fizessem.

Escusado será dizer que semelhante situação realiza o chamado *constituto possessório* (concreto), como um modo civil de “traditio”.

O legislador brasileiro, avantajando-se neste ponto ao português, teve sempre plena consciência dessa qualificação jurídica. Assim, já a Lei hipotecária de 1864 falava da cláusula “constitui” a propósito do penhor de escravos pertencentes a propriedades agrícolas. E também se refere à mesma cláusula, de modo explícito, o art. 769 do Código Civil, sobre o penhor agrícola ou pecuário (29).

O legislador português, verdadeiramente, só se elevou à mesma compreensão clara do instituto em 1939, no já citado Decreto-Lei n.º 29.833, que admitiu o penhor sem en-

---

(29) O artigo estabelece como regra que só se pode constituir o penhor com a *posse* da coisa pelo credor, e admite como exceção o penhor agrícola ou pecuário, em que os objetos continuam em poder do devedor, por efeito da cláusula “constituti”. Dada esta redação poderia parecer, à primeira vista, que no penhor agrícola ou pecuário o credor não tem posse; mas não é assim, como resulta da referência à cláusula “constituti”. A lei quer significar que em princípio se exige, da parte do credor, a *posse material* ou *detenção*, inexistente nos casos excepcionais de penhor sem entrega.

traga em garantia de todo e qualquer crédito bancário (30) (31).

### Caráter excepcional do penhor sem entrega

O penhor sem entrega, cuja caracterização se fez, deve considerar-se *geral* ou *excepcional*?

---

(30) Diz êsse diploma, no seu art. 1.º, § 1.º, que “se o objeto empenhado ficar em poder do dono, êste será considerado, quanto ao direito pignoratício, *possuidor em nome alheio*”.

E lê-se no seu relatório: “A elaboração de conceitos não é função direta do legislador; mas convém aqui observar que, a despeito de tôdas as suas várias modalidades, a unidade conceitual do instituto pignoratício subsiste. Ainda há pouco ela foi acentuada entre nós e encontra-se neste traço, que é comum a todos os regimes legais do penhor: a constituição da garantia pignoratícia pressupõe o *desapossamento do objeto empenhado* e êste desapossamento pode verificar-se pelos diversos modos de transmissão da posse que existem em Direito. Um dêles é o constituto possessório, a que, nos termos expostos, se amolda o regime adotado por êste diploma.”

O jurisconsulto por quem se diz aí ter sido acentuada a unidade conceitual do instituto pignoratício foi o Prof. PAULO CUNHA (em lições universitárias e numa conferência realizada na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa).

(31) A aplicação da noção de constituto possessório também é defendida por MANUEL RODRIGUES no seu livro *A Posse*, tanto na 1.ª edição, relativamente à legislação sôbre crédito agrícola mútuo, como na 2.ª edição, relativamente à mesma legislação e ao Decreto-Lei n.º 29.933.

CUNHA GONÇALVES, pronunciando-se em face do Direito português e do brasileiro, e com referência aos casos de penhor sem entrega, escreve que “o conceito do penhor está no caráter mobiliário do objeto dado em garantia, pois o devedor *continua na posse da coisa empenhada*, posse que exerce em nome próprio, embora seja *equiparado ao depositário* para os efeitos de não poder alienar aquela coisa ou sofrer a respectiva sanção penal, no caso de venda ou extravio” (*Princípios de Direito Civil*, vol. II, pág. 715). Mas se fôsem assim, o penhor não se distinguiria verdadeiramente da hipoteca mobiliária.

Pode ser utilizado livremente pelos interessados, sempre que êstes assim o queiram, ou só é admissível nos casos em que a lei expressamente o autoriza?

Creio que a verdade está, sem hesitação, no segundo termo da alternativa, tanto em Portugal como no Brasil.

Mesmo sem entrega e através do constituto possessório, que é igualmente modo de transmissão da posse, o credor adquire esta.

Mas a lei, *em princípio*, não se contenta com atribuir ao credor a *posse*; quer investi-lo também na *detenção* do objeto ou, pelo menos, subtraí-lo ao poder e disponibilidade do proprietário.

A entrega, colocando o objecto sob o *poder material* do credor, torna muito sólida a sua posição: coloca-o ao abrigo de dissipações ou descaminhos.

A ameaça penal, no penhor sem entrega, nem sempre é bastante para intimidar o proprietário e não pode efetivar-se contra os herdeiros do responsável.

E a lei quer proteger o credor contra si mesmo, não o induzindo a conceder crédito mediante uma garantia válida mas illusória: por isso, no interesse dêle, só considera o penhor válidamente constituído mediante a entrega do objeto.

Não será assim, apenas, naqueles casos em que a lei dispense essa formalidade e se contente com uma simples tradição civil ou ficta, em atenção a interesses mais altos, como os da produção econômica (32) (33).

---

(32) No Direito brasileiro a doutrina exposta resulta com particular clareza dos arts. 768 e 769 do Código Civil, que apresentam a cláusula "constituti" como manifestamente excepcional.

(33) Já se notou que no Brasil o penhor está sujeito a registro (*supra*, pág. 17, nota 1).

Outro tanto não sucede em Portugal.

Por isso, neste último País, a entrega ainda tem outra vantagem, que é a de dar ao penhor uma *publicidade de fato*.

Se o proprietário empenha o seu objeto mas o conserva em seu poder, se pois nenhuma alteração aparentemente se produz, os

Parece todavia indicado que, em satisfação dêsses interesses, a legislação nos dois Países evolua e, em vez de admitir o penhor sem entrega só em certos casos de penhor agrícola, comercial ou industrial, o autorize em todo: as exigências da agricultura, do comércio e da indústria assim o justificam e reclamam. Em ambos os Países requer uma particular regulamentação expressa e cuidada o penhor de estabelecimento comercial ou industrial, matéria de alta importância que no silêncio do legislador suscita grandes dúvidas pelas suas conexões com a teoria difícil das universalidades (33).

### Warrant

Uma forma particular de penhor sem entrega que, à semelhança de outros Países, existe no Brasil, mas ainda não penetrou em Portugal, é o titulado por meio de “warrant”.

Não me refiro ao “warrant” respeitante a mercadorias *depositadas em armazéns gerais*.

Esse, que o Direito português também reconhece (34), não realiza a idéia aqui em estudo, pois exprime antes um

---

terceiros podem com facilidade ser iludidos na sua boa fé. Dado que o penhor se não exterioriza materialmente, e não há nenhum registo donde êle conste, julgam naturalmente livre a coisa: nessa errônea suposição adquirem direitos sobre ela; mas amanhã são surpreendidos com o penhor, que sendo de data mais antiga lhes será oponível (desconhecida, como é, a regra de que em matéria de móveis a posse vale título).

(34) A jurisprudência, neste ponto mais avançada que a legislação, tende a dispensar a entrega do objeto empenhado, em matéria mercantil, fora mesmo dos casos em que a lei o faz. Assim pelo menos em Portugal: nesse sentido por ex. o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de junho de 1953 (*Revista dos Tribunais*, ano 71, pág. 342).

(35) Cód. Com., arts. 408 e segs. e legislação complementar.

penhor confiado a *terceiro*, que o guarda por conta de ambos os interessados (penhor com entrega a terceiro).

Refiro-me, sim, ao “warrant” respeitante a bens que se conservam *em poder do seu dono*.

É êle um título de crédito que se integra plenamente na ordem de idéias desenvolvidas neste trabalho. Representa simultâneamente um *crédito* do portador e um *penhor* estabelecido, em segurança do mesmo, sôbre bens que não saem da detenção do proprietário.

É-lhe aplicável a construção exposta precedentemente. Mas, como título de crédito, oferece consideráveis vantagens. Circula livremente, por meio de endôssô, e pode ser descontado nos Bancos.

Como já se disse, neste ponto o Direito brasileiro acusa um progresso em relação ao Direito português, pois o primeiro, ao contrário do segundo, adota o “warrant” agrícola sem entrega, hoje denominado *cédula rural pignoratícia* (36).

Mas o progresso é só teórico ou legislativo: êsses títulos de crédito, ao que informa e como previa WALDEMAR FERREIRA (37), têm permanecido praticamente letra morta, pois os agricultores só esporadicamente os utilizam, como sucedera aos “warrants” agrícolas regulados por anterior legislação e aos chamados *bilhetes de mercadorias* (38).

De tôda a precedente exposição tiro as seguintes conclusões principais:

a) Tanto em Portugal como no Brasil a instituição do penhor tem evoluído profundamente, adquirindo maior

---

(36) Veja-se a atrás citada Lei n.º 492, de 30 de agosto de 1937.

(37) *Instituições de Direito Comercial*, 3.ª ed., vol. III, pág. 383; e estudo citado supra, pág. 20, nota 1.

(38) Sôbre êstes últimos veja-se a magnífica monografia do VISCONDE DE OURO PRETO, *Crédito Móvel pelo Penhor e o Bilhete de Mercadorias* (1899).



maleabilidade e satisfazendo mais idôneamente as exigências do crédito;

b) O aspecto principal dessa evolução consiste no penhor sem entrega, admitido no Brasil mais cedo do que em Portugal, e que em ambos os países se tem generalizado a certo número de casos de crédito agrícola, comercial ou industrial;

c) O penhor sem entrega é verdadeiro penhor, desdobrando-se num contrato pignoratício e num contrato de depósito, de cuja conjugação resulta, por força do chamado constituto possessório, a transmissão da posse para o credor, em nome do qual o proprietário fica a deter o objeto empenhado: explicação esta de que o legislador brasileiro teve sempre a clara consciência, ao contrário do que aconteceu com o português;

d) Para maior incremento da produção econômica, seria de desejar que a instituição do penhor sem entrega se tornasse extensiva, com as necessárias cautelas, às diferentes modalidades de crédito agrícola, comercial ou industrial.